

法と経済学の有効性

マンパワーグループ株式会社

西 正 稔

要旨

本稿では、法と経済学を用いて、近時競争法で問題となっているテーマを3つ取り上げて検討するとともに、営業の停止と補償について保険の活用を論じている。競争法では、オンラインプラットフォームをめぐる問題、コンビニエンスストア本部と加盟店の関係をめぐる問題、さらに、地域金融機関の統合について論じた。また、営業の停止と補償について保険の活用を論じている。

1. はじめに

本稿では、近時競争法で問題となっているテーマを3つ取り上げて検討するとともに、営業の停止と補償について保険の活用を論じている。法と経済学が問題解決のための有効なツールであることを示すことを目的に、上記テーマ(問題)を論じた。

2. 競争法に関する問題

ここでは、近時問題となっているものの中から、①いわゆるネット企業の行動、②いわゆるコンビニエンスストア業界の本部と加盟店の関係、③地域金融機関の経営統合、以上3つの問題を採り上げて検討する。

2.1 ネット企業の行動について

まず、①いわゆるネット企業の行動に関して考察する。ネット企業については、オンラインプラットフォーム¹についての認識からも理解されるように、ネットの特性から事業拡大に要する費用が相対的に小さい。そこで以前から、例えば Microsoft 社の OS 開発とブラウザ²、さらには Excel に代表されるアプリケーション(応用ソフト)の販売方法³等、競争法上の問題について大き

¹ まず、プラットフォームは、一方の利用者数の増加が他方へのサービスの質を高め、またその逆も同様であるという間接ネットワーク効果により、大きな市場シェアを獲得する可能性があるものである。このプラットフォームをオンライン上で提供するオンラインプラットフォームでは、一定の取引範囲の地理的範囲が広範囲に拡大するとともに、新規参入や事業拡大にかかる費用が小さくなる。以上につき、武田(2017)101頁。

² United States of America v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

³ 日本マイクロソフト抱合せ事件、公取委平成10年12月14日勧告審決、審決集45巻153頁。

な注目を集めていた。今回検討するのは⁴、オンラインプラットフォームを利用して最終消費者向けの小売事業を展開している企業の行動⁵である⁶。これらの企業の中には、自ら商品を調達し

⁴ 今回の検討対象から外れるが、オンラインプラットフォームを利用している事業者に関する最近の問題として、飲食店評価サイトに関連するものがある。オンラインプラットフォームを提供している事業者が別途有料で提供しているサービスに加入している飲食店とそうでない飲食店で評価(星の数)の算定方法が異なるのではないかということ(加入しない飲食店の評価が多少低くなるようなアルゴリズムを利用しているのではないかという疑念)である。加入の有無で評価を大きく変化させると、飲食店評価サイトの利用者もそれに気づき、利用を控えるようになる可能性があるため、事業者側も考慮してアルゴリズムを作っていることが推測される。飲食店評価サイトについては、飲食店側から掲載をやめるように求める訴えが提起されたこともある。提起された当時は、評価の算定に関する問題が知られておらず、表現の自由を重んじて飲食店側の請求を棄却している(札幌地裁民事第3部、平成26年9月4日判決、裁判所ホームページ: https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/462/084462_hanrei.pdf 等)。評価の算定方法が大きな問題になっていることを踏まえると、掲載を拒否する請求が認容される可能性が高まっているとも考えられる。掲載拒否可能であれば競争法によって介入する必要性も低くなる。

⁵ オンラインではなく、現物が売買される小売プラットフォームに関する事件として、大分大山町農業協同組合事件、公取委平成21年12月10日排除措置命令、審決集56巻第2分冊79頁、がある。事件の概要は次の通りである。農業協同組合が運営していた農産物直販所に出荷していた出荷登録者が、競合する新規参入者(株式会社)開設の農産物直販所にも出荷した際に、農業協同組合の農産物直販所への出荷取り止め申し入れさらには出荷した農産物の撤去・返品等を行ったことが、不当な拘束条件付き取引(不公正な取引方法12)に該当し、独占禁止法19条の規定に違反するとされ、当該行為の取りやめを命じられた。

この事例をもとに宿泊予約のオンラインプラットフォームに関し議論になっている問題を検討すると、宿泊施設が複数ある宿泊予約オンラインプラットフォームそれぞれと契約した際に、それぞれから最低価格での提供を求められる場合に関し、不公正な取引方法12の「事業活動を不当に拘束する条件」に該当するか問題となる。他のプラットフォームとの取引を禁じている訳ではなく、求められている内容を精査する必要がある。例えば、オンラインプラットフォームで表示される1泊の料金と、宿泊施設自らが立ち上げているWebサイトでのみ提供している会員向けの連泊プランの1泊の料金を比較した場合に、オンラインプラットフォーム側で提示される料金が宿泊施設のWebサイトの料金の同額以下であることを求めるような内容であれば、かなり強い拘束と考えられ、「不当」とされる余地が大きい。また、オンラインプラットフォーム側で提示されている料金を割引く場合に、その割引価格を最低価格とするような条件であれば、宿泊施設側で把握できない(オンラインプラットフォーム側のアルゴリズムで機械的に表示している)割引価格に対応することを求められることから、やはり「不当」とされる可能性が高い。

先の農産物直販所であれば、他事業者の農産物直販所に並行して出荷している出荷登録者に対して、複数の種類の農産物を出荷しているのであれば、農業協同組合の直販所でのみ購入可能な農産物を1つ出荷するように依頼する(組合の直販所ではジャガイモ、新規参入者の直販所ではサツマイモ等)、あるいは同じ農産物でも品種を異なるものにする(ジャガイモでも一方は男爵、もう一方はメークイン等)の依頼であれば「不当」な拘束とは言い難い。

以上のように、ネット上のオンラインプラットフォームに関連する問題であっても、従来の問題の延長線上で対応できるものも多い。

⁶ もちろん、ネット企業による企業買収も競争法上問題になっている。関連する事業を営むスタートアップ企業を買収することで、潜在的な競争相手の台頭を防いでいる可能性はある。ただ、当局が事前を買収を差し止め得るほど確実に、買収がなかった場合には当該スタートアップ(被買収)企業が競争相手となることが明らかか微妙である。買収した側がベンチャーキャピタルの機能を果たして事業が軌道に乗った可能性も否定できないであろう。当局が買収に介入せざるを得ないのであれば、会社法を活用することになるが、買収企業と事前に合意することで、会社組織を一体化するのではなく株式取得後に完全子会社化した状態で数年間様子見

て他の事業者と並行してオンラインプラットフォーム上で販売している企業もあれば、自らは商品を調達せず他企業にプラットフォームを提供しているだけの企業もある。

まず、自社で商品調達をしている企業に関し、オンラインプラットフォームを利用している他事業者が先行して販売している商品を、自社で仕入れて同じオンラインプラットフォーム上で他事業者よりも低価格で販売することの問題点を分析する。この場合、他事業者の販売状況をオンラインプラットフォームから入手し、自社で当該商品を調達し販売したのであれば、「私的独占」⁷として独占禁止法2条5項に違反する⁸可能性があると考えられる他、不当廉売(不公正な取引方法 6)⁹あるいは競争者に対する取引妨害(同 14)として独占禁止法 19 条にも違反することになる¹⁰。

し、市場における競争を減殺していると判断される場合に株式を売却させる措置をとる方が望ましいように思われる。

⁷ 独占禁止法2条5項の「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことについて、競争変数が左右されるような状況が必要なのか、あるいは他社に対する排除効果が発生すれば反競争性があるとしてよい(競争変数が左右される状態が生ずるところまでは違反要件にならない)のか争いがある。以上につき、白石(2018)129頁。白石教授は、日本において私的独占については競争変数が左右されるような状況が求められる一方、不公正な取引方法については競争変数が左右されるような状況までは求められず排除効果の発生のみが違反要件とされているとする。

⁸ 当該オンラインプラットフォームが販売経路として大きな影響力を持っているようであれば、販売状況という重要な情報を入手されるのを避けるために、当該オンラインプラットフォームの利用を避けるようになる場合も考えられる。このような状況が発生する可能性があることも視野に入れて考慮する必要がある。

⁹ オンラインプラットフォームを運営する企業によっては、オンラインプラットフォーム以外の収益事業(例えばクラウド上のストレージサービス)を社内に抱えている場合もある。この場合、他の収益事業で得た利益を小売事業に投じてオンラインプラットフォームを利用している他事業者よりも低価格で同一商品を提供しているようであれば、不当廉売とされる可能性が高まる。オンラインプラットフォームの運営に加えてストレージ事業を展開している

AMAZON.COM,INC.の決算(2020年6月期の半年間)を同社 Web サイト

(<https://ir.aboutamazon.com/quarterly-results/default.aspx>)方でストレージ事業の売上が210億ドルに対して利益が64億ドル。小売事業の利益率を見ると、2%を超えた程度であり、ストレージ事業の30%と比べて大きく下回っている。独占により大きな利益を産み出しているとは言い難い状況であり、株主から小売事業とストレージ事業の分割を求められても不思議ではない状況である。

一方、我が国の移動体通信事業者においては、通信事業の他に金融、決済等の事業を手掛けている。バーコード決済のように競争の激しい分野においては、通信事業で得た収益を投入してポイント還元を行い、金融事業のようにそれ程収益の出ない事業を通信事業の収益をもとに長期間継続している。通信事業で超過利潤が発生しているのか否か利用者が確認出来るように、通信事業の収益と他事業の収益それぞれ別勘定で確認できるようにすることも必要であろう。

¹⁰ このような状況が生じる理由として、オンラインプラットフォームを運営している部門と小売を運営している部門との間のファイヤーウォールが機能していないことが考えられる。それ故、会社分割を求める声も出てくることになる。1つの会社内の異なる部門間でファイヤーウォールが機能しないのであれば、持株会社化して各部門を子会社化して改善されるか監視し、改善されないようであれば、少なくとも片方の子会社を売却させることも考慮に入れる必要がある。

続いて、小売事業者に対するオンラインプラットフォームのみを運営している事業者が、小売事業者に対して送料を含めた価格表示を一律に求める事例について分析する。この場合、オンラインプラットフォームを運営している事業者は、商品在庫や発送に要するコストを負担しておらず、小売事業者が当該コストおよび損失が発生した時のリスクを負っている。送料については、小売業者と運送業者の交渉で決定され、配送される商品の大きさ(さらに運用業者によっては重さ)で料金が決まることになる。単品のみがオンラインプラットフォーム上で注文されるのであればそれ程負担は大きくないとも考えられる。実際には、小売業者は複数の商品をオンラインプラットフォーム上で販売し、複数個注文できる。このような取引の状況下では、個々の注文毎に送料が変わってくる。オンラインプラットフォーム側で、注文する商品数に応じて送料込みの料金を上手く表示できるようなシステムを開発した上で小売業者に求めるのであれば許容される¹¹。しかし、システムで対応できない状況下で、送料込みの価格表示を一律に求めることは、表示される送料込みの料金と実際に必要となる送料の差額を小売業者で負担することになるため¹²、「不当に拘束」と考えられる。不公正な取引方法(12)に該当し独占禁止法 19 条に違反する可能性が高い。

2.2 コンビニエンスストアの本部と加盟店の関係について

コンビニエンスストアについては、以前から、見切り品販売の禁止等フランチャイズ契約の内容が独占禁止法に違反しないか問題となった事例が数多く見受けられる¹³。最近(2020年9月2日)も、公正取引委員会から「コンビニエンスストア本部と加盟店との取引に関する実態調査報告書」が公表された¹⁴。内容に関しては、以前から指摘されていたことはかりであるが、経済環境(あるいは雇用環境)が良好であった頃であれば許容されることも、環境の変化により「不当」なものとして許容されなくなってきていると考えられる¹⁵。

本部側が、フランチャイズ契約の内容を確実に実現させたいのであれば、個人事業主になっている加盟店を直営に切り替え、スタッフと労働契約を締結すれば、24時間営業や見切り品販売

¹¹ 利用している小売業者数とそれに伴う送料のパターンの数を踏まえると、現状では不可能であろう。

¹² ここで、一律に送料込みの価格表示を求めるのではなく、最終消費者にとって分かりやすい送料込みの価格表示に対応した小売業者についてのみ、オンラインプラットフォームの利用手数料を軽減する場合は、通常不公正な取引方法(4)の「不当」とは考えられず、通常は問題ないと考えられる。結果として非効率な業者が排除されたことになる。白石(2018)130頁では、「非効率な競争者を排除しただけで排除効果が認定されてしまうことがないように」する必要性に言及している。

¹³ 一例を挙げると、見切り品販売制限に関し、セブン-イレブン・ジャパン事件(公取委平成21年6月22日、審決集56巻第2分冊6頁)。同事件の民事訴訟(独占禁止法25条に基づく損害賠償請求)として東京高裁平成25年8月30日判決、審決集60巻第2分冊261頁。

¹⁴ 公正取引委員会ホームページ:

https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/sep/200902_1.html。

¹⁵ 加盟店側は個人事業主としての負担(リスク)を負いきれなくなっている一方、本部側も

の制限を含め、雇用契約に基づく本部からの指揮命令によって実現できる¹⁶。再販売価格維持あるいは拘束条件の付いた取引は、直営店であれば売れ残り等のリスクを負わないため問題なく行うことができる¹⁷。

直営化以外の選択肢としては、現在の契約内容を履行できる加盟店とそうではない加盟店でブランドを分け(前者がプライマリーなブランド、後者がセカンダリーなブランド)、契約内容も分けることも視野に入れる必要がある。

2.3 地域金融機関の経営統合について

2018年の当学会大会においてシンポジウムのテーマとなった問題である。地域金融機関の経営状態については、地域経済低迷に伴う優良貸出先の減少や、日本銀行による市場金利を低位安定させる金融政策により有価証券運用益を生み出すことが困難な状況にある反面、多額の預金を抱え、利益から必要経費を捻出することも困難な、極めて厳しい状況に置かれている。即ち、負債として預金者からの多額の預金を抱える一方、資産である貸付金や有価証券が利益を生み出さないため、経営の継続に支障をきたしはじめているのである¹⁸。

¹⁶ 本部としては、店舗あるいはスタッフを社内に抱え込むことで発生する負担を回避したい一方、加盟店を営む個人事業主も個人で事業として行うことによる負担(過重労働や商品廃棄に伴う損害)から逃れたい状況と考えられる。荒木(2020)60頁で指摘されているように、「労働者概念を積極的に拡張して保護を及ぼす立場(拡張解釈アプローチ)に立つと、当該事案(例えば労災補償の場面)では妥当な解決と見られるのかもしれないが、一旦そのような拡張された労働者概念によると、他の場面(例えば出退勤管理や報酬の支払い方)では、必ずしも妥当でない(労働者自身も望んでいない)結論となることもあり得る」ため、加盟店である個人事業者側が労働者として保護されることを望んだ場合、売上とは無関係に賃金が支払われる立場を望んでいるのか精査する必要がある。つまり、第三者として状況を俯瞰すると、双方とも制度の負担になる部分を避け、良い部分のみを求めているようにも見える。

¹⁷ 例えば、正当な理由なく希望小売価格維持を条件に取引先に商品を供給したことが、旧一般指定12条1項および2項に該当し、独占禁止法19条違反とされたナイキジャパン事件(公取委平成10年7月28日、審決集45巻130頁)では、取引先を上位モデル商品の供給がある「キー・アカウント」の選定基準としていた。和光堂事件判決(昭和50年7月10日、民集29巻6号888頁)では、価格拘束につき取引条件に従うことが契約上の義務として定められていることを要せず、それに従わない場合に経済上なんらかの不利益を伴うことにより現実にその実効性が確保されていれば足りるとされた。この判決を踏まえると、「一般店」になると上位モデルが供給されないという経済的な不利益があることになる。もちろん、上位モデルを直営店(あるいは直営のオンラインサイト)でのみ販売し、取引先には上位モデルを供給せず、供給される商品については価格拘束しないということであれば、問題はない。

再販売価格規制については、アメリカで当然違法から合理の原則での判断に判例が変更されている。新たな判例は、*Leegin Creative Leather Product, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). であり、これまでの *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373(1911). を変更している。この、「合理の原則」をもとにすると、ナイキジャパン事件の結論も変わる可能性がある。また、日本でも流通取引慣行ガイドラインが改正されたことから、新しいガイドラインの下でも違法とされるのか検討を要する。

¹⁸ 近年、金融法学会で取り上げられるのは、銀行のバランスシートの肥大化に付随して生じている法的問題である。対象となる法律は大きく異なるが、バランスシートの資産側に着目すると貸出内容の改善の可否であり、負債側ではバランスシートを小さくするために預金以外の金

金融機関の経営統合の場合、取引先の融資に影響が出ないか問題となる。この問題について、都道府県毎に店舗展開していることが多い限られた数の地域金融機関が同一都道府県内で経営統合すると、統合後の金融機関の融資残高の地域全体に占める割合が高くなり過ぎるため、経営統合が困難になる。

この問題をより深く分析するため、金融機関の資産側に注目する。現在の経済状況下では適切な(資金を貸し出して貸出利息が得られるような)貸出先が少ないため、国債を含む有価証券で運用している。つまり、金融機関において資金が余剰になっているため、経営統合により既存の貸出の継続あるいは新規貸出が困難になるような影響が生じることは考え難い。また、金融機関の自前融資ではなく制度融資になっているものは統合後も問題なく継続されると考えてよいように思う。

ただ、経営統合後も経営環境が大きく改善することを考え難い。現在必要なのは、証券取引でネット取引が定着してきた頃に、法人取引のある大手証券会社と個人向けネット証券会社以外の地場証券会社の多くが自主廃業したように、他の地域金融機関(銀行)に営業譲渡して経営を継続しない決断をせざるを得ない状況と考えられる。

3. 営業を停止することに伴う補償について

感染症の拡大を防止するために、政府あるいは地方公共団体から営業活動の自粛を求められた際に、補償の要否が問題となった。

この点、営業の自由を保障する憲法 22 条 1 項は「公共の福祉に反しない」限りで営業の自由を認めている。また、財産権を保障した憲法 29 条 3 項では私有財産を「正当な補償」のもとで

融商品(投資信託)の販売に関する法的問題である。オフバランス化が目的になっているが、資産と負債どちらか一方をオフバランス化しようとする、もう一方もオフバランス化する必要がある。貸出債権を証券化しようとする、負債側の預金を減らす必要がある。

預金にも預金保険機構の掛金を含めてコストがかかっている。このことが明確に認識されるようにするため、預金保険料を口座から引き落とすように制度を改めることも検討対象となろう。マイナンバー登録済の口座とそうでない口座で預金保険料に差を設けることも併せて検討する必要がある。

また、貸出金については、信用保証と貸出金の証券化、市場から見てどちらが望ましいのかより深く検討すべきである。

さらに、現在日本銀行が国債のみならず株式(ETF)等の買い入れを行っているが、資産価格の変動が通貨の価値に影響してしまう状況にある(問題は影響するかしらないかではなく、買い入れしている資産の規模を踏まえて無視してよい程度の影響なのか、そうではないのかということになる)。影響するのであれば、年金基金の運用制限、あるいは金融機関の資本規制で安全資産として扱っている現金、国債等をそのまま安全資産として継続して扱ってよいか検討せざるを得なくなる。また、年金基金が安全資産である国債を組み入れている状態で、中央銀行が歯止めなく危険資産である株式等を買入れるのは背理ではないか。さらに、経営者の報酬に株式を用いる(あるいは報酬を株価に連動させる)企業が存在する中で、株式の買い入れを増やしていくことは、所得格差の拡大に寄与することになる点で疑問がある。

年金基金の保有する国債等をもとに、新たにファンドを作り、日本銀行がこれまでに買い入れ済みの危険資産を移すことも検討せざるを得ないであろう。

公共のために用いることができる旨規定する。

この問題について、江藤准教授は、災害時の避難命令を定めた災害対策基本法 63 条を紹介し合憲とした上で、29 条 3 項の補償は不要とするが、社会権を保障した憲法 25 条 1 項により支援が必要との立場をとる¹⁹。

既知の感染症の拡大、あるいは既に災害が発生した際に営業が出来なくなる場合は、理由が明確であるが、未知の感染症あるいは災害発生の可能性が高い(まだ発生していない)場合に営業をどこまで制限できるのかは、過剰に制限する可能性もあり難問である。

そこで、地震保険のように政府の再保険のようなかたちで、資金を確保しておくこと²⁰を検討すべきであろう。事前に保険金額を選択されているため(もちろん免責となる上限金額を設定しておく必要があるが)、補償金額の程度をめぐる問題を回避できる。営業停止期間が短い場合(1 週間程度)は免責とすればよいように思われる。掛金については、所得税あるいは法人税の控除対象とすることが考えられる²¹。

【判例、審決例】

脚注内記載の通り

【参考文献】

荒木(2020): 荒木尚志『労働法(第 4 版)』有斐閣

江藤(2020): 江藤祥平「匿名の権力 - 感染症と憲法」法律時報 92 卷 9 号 70 頁

金井・泉水・武田(2017): 金井貴嗣、泉水文雄、武田邦宣『別冊ジュリスト 経済法判例・審決百選(第 2 版)』有斐閣

白石(2018): 白石忠志『独禁法講義(第 8 版)』有斐閣

武田(2017): 武田邦宣「非水平型企業結合(2)」金井・泉水・武田(2017)100 頁

¹⁹ 江藤(2020)74 頁。

²⁰ 週刊ダイヤモンド 108 卷 26 号(2020 7/4)60 頁、損保ジャパン社長西澤敬二氏の主張である。

²¹ また、水害時の損害を補償している火災保険についても、同時に控除対象とすべきである。国が事前に損害を回避するための保険加入を促すことで、水害時の国家賠償責任(国家賠償法 2 条)を回避することも可能となる。